

CONSENSO Y DISENSO COMO VÍAS DE LEGITIMACIÓN DEL DISCURSO PRÁCTICO JURÍDICO: SUJETO DE DERECHO Y SUJETO MORAL

María del Carmen Schilardi. Univ. Nac. de Cuyo Mendoza (Argentina)

La presente ponencia corresponde a los avances realizados en el marco de un proyecto de investigación sobre el discurso jurídico. La misma constituye una serie de acercamientos a la problemática de este discurso desde corrientes lingüísticas, textuales y discursivas que posibiliten un abordaje de la realidad jurídica a través de la materialidad de los discursos, manteniendo una perspectiva crítica. Precisamente desde la teoría crítica del derecho se plantean problemas relacionados con la consideración del derecho como una práctica social –de poder– y su estrecha relación con otras prácticas –sociales, económicas y políticas–, cuestionándose al mismo tiempo la pretensión de autovalidación del discurso jurídico. Pero, aunque se señala con fuerza el «mito de la uniformidad semántica del discurso jurídico», no se aborda analíticamente el problema. Por eso decidimos este abordaje, en principio, desde la filosofía del lenguaje

Creemos pertinente realizar un breve recorrido por las instancias teóricas que marcan las etapas de nuestra investigación, y así poder plantear nuestra hipótesis actual.

Por una parte, el análisis semántico estructural nos permitió poner de manifiesto la estructura axiológica profunda del discurso jurídico y mostrar la distribución de los roles actanciales que el mismo texto pone en escena, tanto en el discurso legislativo como en el judicial. Aunque es en el nivel de la pragmática donde se abre la posibilidad del análisis de las conductas del legislador y del juez, y aún la de otros usuarios. Así, la teoría de los actos de habla, que pone de relieve la fuerza ilocutoria del lenguaje, muestra la raíz de la eficacia o validez pragmática del lenguaje legislativo y judicial y, a su vez, la teoría de la enunciación, con sus aportes sobre presupuesto y sobreentendido, polifonía y argumento de autoridad, nos permitió retrazar en los textos jurídicos su entramado de niveles de expresión y voces.

La necesidad de rendir cuenta de la intertextualidad, de la pluralidad de recorridos semánticos y del momento de producción de los textos, nos condujo a los planteamientos del análisis del discurso y de la semiosis social que permiten abordar el discurso jurídico como organización de los lugares de poder y también abordar los modos de producción, circulación y reconocimiento de los textos. En el caso de la semiosis social, un aporte a tener en cuenta es que, al proponerse el estudio de la significación desde el punto de vista de su producción y como un proceso por el cual

ciertas materias significantes son investidas de sentido, posibilita un nivel de análisis del material empírico siguiendo el proceso de semantización que el mensaje o ciertos «condensadores de sentido» han sufrido. Consideramos entonces que a las expresiones jurídicas además de como realizativas se las puede estudiar precisamente como operadores semánticos.

La elección y «recorte» del marco teórico se ajusta a nuestro interés por el análisis de los momentos no estrictamente lingüísticos del discurso. En este marco hemos realizado ya el análisis de sumarios y sentencias judiciales (Fóscolo y Schilardi, 1996).

Una de las conclusiones de esos análisis –que el soporte significativo propio del discurso jurídico estaría determinado por el lugar próximo al poder institucionalizado que ocupan los miembros del control social formal (abogados, policías, peritos, etc.) y también por la función normatizadora tanto de conductas como de valores de este tipo de discurso– justifica y exige los abordajes actuales.

La nueva perspectiva de análisis que trabajamos –desde el punto de vista pragmático– es la del discurso jurídico como un discurso práctico y lo hacemos desde dos perspectivas. Por un lado, partiendo del concepto de racionalidad comunicativa –Habermas– que posibilita la conexión entre los actos de habla y el mundo de la vida, la cuestión a determinar es si las pretensiones de validez, normatividad y legitimidad surgen de la pura factualidad o de la formalidad pragmática. Por otra parte, partiendo del concepto de ética de la responsabilidad –Apel– que pretende reconstruir un concepto de razón práctica que asegure la intersubjetividad y haga efectivo el respeto a la diversidad, la cuestión es entonces cómo potenciar un derecho válido cuyo núcleo racional esté en conexión con el procedimiento legislador y con el de aplicación.

La hipótesis es que: si se entiende al discurso como una práctica argumentativa y a la pragmática universal como la reconstrucción del sistema de reglas de acuerdo al cual se generan situaciones de habla, es válido analizar al discurso legal/jurídico como la praxis argumentativa que manifiesta las pretensiones de validez y de poder que dependen de la red de reconocimiento recíproco que conforma la intersubjetividad social. El objetivo es determinar cómo el derecho y las instituciones políticas y jurídicas básicas funcionan como vías para la presión legitimadora del mundo social y, a su vez, sistematizan y regulan el proceso mismo de legitimación. Es decir, explicitar el proceso de racionalización sistemática que el derecho realiza sobre las prácticas sociales, cómo «las» y «se» legitima y cómo se «construye» la normatividad.

Una vía de respuesta se abre a través del análisis de los intentos de sistematización jurídica que protagonizan movimientos sociales como el de derechos humanos, de las mujeres, ecológicos, de los «chicos de la calle», etc.

Es decir, abordar los nuevos movimientos sociales como reacciones defensivas para proteger la integridad de las estructuras comunicativas del mundo de la vida contra las intrusiones y distorsiones impuestas por procesos de racionalización sistemática, es otro modo de analizar cómo el derecho se legitima, cómo legitima a las prácticas sociales y cómo se construye la normatividad.

Este abordaje posibilita la consideración del discurso jurídico/legal no sólo como un objeto lingüístico, sino como un sistema que puede controlar su legitimidad desde los espacios públicos. Espacios que –en las sociedades contemporáneas– se constitu-

yen como un nivel de reflexión de la práctica social y como un lugar de discusión y argumentación del poder generado comunicativamente.

¿Por qué la caracterización del discurso jurídico como práctico? Precisamente porque en él prima el componente ilocucionario de los actos de habla y esto supone relaciones interpersonales y normas, y la validez consiste en la rectitud o exactitud normativa. Porque esos actos de habla son siempre regulativos, corresponden al mundo social y en ellos el «Lebenswelt» proporciona los patrones de integración social. Porque el objetivo final es llegar al entendimiento o consenso adquirido, o lograr persuadir.

Por qué partir del concepto de racionalidad comunicativa? Esta, como criterio de la pragmática universal –ideal regulativo según Habermas– supone una primacía sobre la racionalidad propia de los sistemas –y el derecho lo es–. Es decir que la integridad de las estructuras comunicativas del mundo de la vida es la que permite la «lucha» contra las distorsiones e intrusiones impuestas por los procesos de racionalización sistemática. La cuestión es: ¿hasta qué punto es así y hasta qué punto es posible? ¿Qué dialéctica es la que se produce, efectivamente, entre las instituciones sociales –y jurídicas– básicas –como vías de legitimación del mundo de la vida– y su regulación del proceso mismo de legitimación? En ese proceso de «construcción» de la normatividad, ¿cuál es el «polo» que «dirige» el movimiento, la legitimación de sí mismo del derecho o la legitimación de las estructuras comunicativas?

¿Hasta qué punto es válido el intento de la ética discursiva de ofrecer un procedimiento para la legitimación de normas que tienda al consenso y no al pacto? ¿Cuál es o cómo se determina el «derecho válido» –deber moral para la ética de la responsabilidad– cuyo núcleo racional esté –no en los contenidos– sino en su conexión con el procedimiento legislador y el procedimiento de aplicación?

Podríamos, en cambio, partir de la consideración de los derechos fundamentales –o humanos, o alternativos para nosotros– como una expresión del disenso. No parece demasiado descabellado sostener que, históricamente, las luchas y conquistas de estos derechos han tenido que ver con el disenso de grupos respecto a un consenso previo –normalmente plasmado en la legislación vigente– que les niega su condición de sujetos de tales derechos (Muguerza, 1989). Así, creemos que los que llamamos «derechos alternativos» se identifican con pretensiones y necesidades que tienen un origen en el diálogo ético y que se plantean y enfrentan con situaciones y decisiones de poder. Y es precisamente en el proceso de su incorporación al ordenamiento jurídico donde surgen verdaderas «paradojas» –del disenso, de la generalización, de la responsabilidad solidaria (Asís Roig, 1992)– que finalmente ponen nuevamente en juego nuestra afirmación del comienzo: la determinación última del discurso jurídico por su lugar próximo al poder institucionalizado. En definitiva, ¿el consenso mantiene el respeto a la diferencia o la legitimación –sistemática– supone una deslegitimación social? La cuestión es si la categoría de consenso posibilita la protección de las estructuras del mundo social o si, en cambio, es la categoría de disenso la que salvaguarda esa dialéctica social.

Actualmente planteamos el análisis desde tres ejes problemáticos. Uno, desde la ética de la responsabilidad, que ante la necesidad de asegurar la intersubjetividad y la

efectiva realización de la democracia participativa, exige revisar los criterios de participación política y representatividad en el marco de un proceso legítimo. Se abren aquí cuestiones referidas a la formación de la opinión pública, a la responsabilidad a nivel individual e institucional, a los criterios de lo que «debe ser universalizado» y lo que «debe ser mantenido como diferente» y, finalmente, a la crisis de la legitimidad política.

Otro eje, a nivel del discurso práctico legal mismo, desde la perspectiva de la deconstrucción. Entendida esta como estrategia general de análisis tanto de la producción política-práctica del texto, como de los procesos de legitimación, validación y jerarquización a nivel de las estructuras institucionales. Se abre aquí la cuestión de la posibilidad de la deconstrucción en la teoría general del derecho y en la institución jurídica. La cuestión se centra aquí en el análisis teórico y de aplicación de la propuesta de la «mediación» como solución alternativa al conflicto en el discurso judicial, y cómo se avanza de la deconstrucción a la co-construcción del discurso que abre a una historia alternativa, y cómo se avanza de la polarización de la diferencia a su organización –discursiva e institucional–.

Los ejes planteados convergen en uno tercero que tiene que ver con la consideración del problema de la construcción de «subjetividades» –sujetos de derecho– a nivel de los discursos, de los sistemas y de las instituciones, que responden en definitiva a políticas paliativas de la discriminación. Tal es el caso de las categorías socio-jurídicas de «menor» y «mujer».

En síntesis, lo jurídico y ético son los ámbitos donde se construye la normatividad y donde se legitiman las prácticas sociales. Las demandas de sistematización de nuevos derechos –alternativos o fundamentales o humanos– y de implementación de soluciones alternativas al conflicto en el ámbito judicial –especialmente la mediación– plantean el problema de su legitimación y desde dónde esta se construye/instituye.

Así, la perspectiva del disenso y la deconstrucción se constituyen en realidad como una paradoja de afianzamiento de una teoría del contrato, y las soluciones alternativas –a nivel judicial– y su legitimación procedimental se «integran» o provocan una explosión del sistema o de categorías socio-jurídicas básicas?

Precisamente, ha crecido en estos tiempos una política de derechos, con peso decisivo en los foros internacionales y en el mundo jurídico de cada nación, que no ha ido más allá de un horizonte de positivización. Esto es mucho, pero no todo.

Los movimientos sociales, en distintas circunstancias y con diversos grados de espontaneidad, expresan requerimientos de dignidad, libertad e igualdad desde formas también diversas de resistencia, desobediencia y disenso. La misma positivización de derechos humanos en declaraciones pone de manifiesto las luchas por el reconocimiento de grupos emergentes, en una postura crítica respecto de una eticidad vigente.

Esa defensa de los nuevos derechos-valores se hace en nombre de «ideales» prácticos que son re-significados epocalmente y que surgen desde el imaginario social instituyente.

Esas «morales emergentes» (Roig, 1994) se nos muestran vivas en la conducta de actores sociales que han padecido o padecen formas de desconocimiento de la dignidad humana. Se las podría caracterizar como una praxis moral –no necesaria-

mente acompañada de una praxis teórica aunque sí de prácticas discursivas-, es decir, como una razón práctica en ejercicio.

Estamos entonces frente a un sujeto moral y esto implica un rescate de la subjetividad -social- como fuente de reformulación de nuevos niveles de eticidad. Un sujeto que parte de las necesidades consideradas como un bien moral. De allí que hablamos de estos valores-derechos. El tema de convergencia son precisamente las necesidades, que supone la relación naturaleza y cultura unido a la problemática de las mediaciones.

Se trata de un pensar dado en la misma praxis social, expresado espontáneamente y sin pretensiones teóricas, por sectores de población femenina, campesina, indígena, sectores de los suburbios, niños arrojados a la calle, desocupados y parados, entre tantos otros.

Y la fuerza perlocutiva de estos derechos-valores es precisamente que legitiman o deslegitiman a los poderes políticos y a las instituciones. Estos grupos sociales interpelan a esos poderes políticos, en nombre de los derechos humanos, para redefinir el sistema de necesidades y para crear las instituciones encargadas de la satisfacción de las necesidades-derechos reconocidas.

El espacio de los derechos humanos o alternativos queda así siempre abierto -al margen del grado de positivización alcanzado- al surgimiento de estas «morales emergentes», formas de pensamiento utópico regulador de la eticidad vigente, vías también de legitimación.

Bibliografía

- Apel, Karl-Otto, *Estudios éticos*, Alfa, Barcelona, 1986.
 -, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona, 1991.
 Asís Roig, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites poder*, Debate, Madrid, 1992.
 Derrida, J., *La escritura y la diferencia*, Anthropos, Barelona, 1989.
 Fóscolo, N. y Schilardi, M.del C., *Materialidad y poder del discurso. Decir y hacer jurídicos*, Mendoza, EDIUNC, 1996.
 Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Buenos Aires, 1990.
 -, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Buenos Aires, 1990.
 -, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1991.
 -, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991.
 Lyotard, J.-F., *La diferencia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
 Muguerra, Javier y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
 Roig, A.A., «La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina», en Sidekum y otros, *Ética de discurso e filosofía da libertacao. Modelos complementares*, Ed. UNISINOS, Sao Paulo, 1994, pp. 171-186